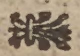


POR DON DIEGO PHELIPE DEL HIERRO

y Tapia, Presbytero, vezino de la Ciudad de Malaga.

EN EL PLEYTO. 

CON D. DIEGO LOPEZ

Nabarro, vezino de la dicha Ciudad.

Impresso en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1660.

1 

ESTE PLEYTO le diô principio vna demanda que sale poniendo el dicho D. Diego Phelipe â el dicho don Diego Lopez, en 11. de Agosto de el año passado de 1659. en que pretẽde, que vna donacion que le hizo de vnas casas tenerias, que estan en esta Ciudad de Granada, para despues de los dias de su vida, que dize valdrân 7U. ducados, es nula, por auerse hecho, y otorgado con sugestion, persuasion, y miedo que intervino, causado por dicho don Diego Lopez, y otros sus amigos, personas de toda autoridad, estando dicho D. Diego Phelipe preso en la carcel Eclesiastica de la dicha Ciudad de Malaga, por vn disgusto que auia tenido con vn vezino, porque se le hizo causa, y refiere, que se le ofreciò por el dicho don Diego Lopez, y sus amigos, que intercederian con el Iuez Eclesiastico para que le soltasse de la prision, y que le auiã insinuado, que el Iuez estaua indignado, manifestando que lo auia de echar â vn presidio. El qual, temeroso, la otorgô contra su voluntad, y assi lo diò â entender à muchas personas, y que auiendo otorgado la donacion â 19. de Otubre del año passado de 47. à 21. de dicho mes, y año hizo protesta, reclamô, y reuocò la dicha donacion.

2 Para comprovacion desta su pretension presenta dicho don Diego Phelipe la escritura de donacion, y la protesta: y en la donacion ay las clausulas ordinarias, dando â entender, que la hazia por remuneracion de muy buenas obras que auia recebido del susodicho, ay acetacion, è insinuacion ante la Iusticia Real.

3 Y la protesta por ella consta, que el dicho D. Diego refiere que la otorgô, inducido con fuerça, y miedo que le impusieron, estando en la carcel Ecle-

Eclesiastica de la dicha Ciudad, y que fue contra su voluntad: y asimismo presenta para prouar que las tenerias son de vinculo, y mayorazgo, que es en lo que cayô la donacion, vn testamento otorgado à 5. de Febrero de 1555. por Alonso de Ossuna, y Elvira Alonso su muger, donde parece que ay prohibicion de enagenacion de dichas tenerias, y ciertos llamamientos.

4 De todo lo qual se diô traslado à dicho don Diego Lopez, el qual puso excepciones, diziendo, que la donacion fue valida con toda deliberacion, y demas clausulas que se requieren para su firmeza, estar acetada, ê insinuada; no huvo fuerça, ni miedo, que los bienes no son vinculados, ni las clausulas presentadas tal disponen, y con estas, y otras alegaciones se recibiò el pleyto à prueua, y se hizieron prouanças por ambas partes, que se referirân en su lugar, y està concluso el pleyto para determinar.

5 Y para que se haga en fabor de el dicho don Diego Phelipe del Hierro, se diuidirâ este papel en dos Articulos, y en dos Illaciones.

6 El primero, que la donacion fue invalida por miedo, y amenazas que intervinieron en su otorgamiento estando en la carcel, lleuado de los ofrecimientos que le hizieron â dicho don Diego Phelipe, de que le harian soltar de la prision en que estaua.

7 El segundo, que fue hecha la donacion de bienes de vinculo, y mayorazgo, que ni la cosa, ni el precio della no se pudo donar.

ARTICVLVS. I.

8 ESTA Donacion consta que se otorgô por dicho don Diego, estando preso en la carcel Eclesiastica de la Ciudad de Malaga, y por ello, y por la razon de la *l. qui in carcerem* 22. *ff. de eo quod metus causa*, fue nula la dicha promesa, *& l. metum. §. licet, ff. de eodem.* Menoch. *de arbitrarijs, lib. 2. centur. 2. cas.* 136. *num.* 4. ibi: *Ipsa enim*

enim vincula satis superque arguunt per metum fuisse gesta omnia, quæ in vinculis gesta fuerunt, & ob id nullius momenti sunt. Decio *cons* 691.*n.* 5. Rebuff. *in l. solutum* 48. *ff. de verb. signif.* Farin. *de carcer. quæst.* 35. Pedro Gregor. *lib.* 31. *sintagm. cap.* 33. *num.* 6. Purpurato *cons.* 282. *à num.* 1. *vol.* 1. idem Farin. *decis.* 295. *num.* 2. *in crimin.* Alvertus Leoninus *cons.* 85. Iuan Gutierr. *de iuram. confirm.* 1. *part. cap.* 37. *per tot.* Ossuald. in Donclum *lib.* 15. *comment. cap.* 38. *liter. H.* D. Cabreros elegantèr, *de metu, lib.* 2. *c.* 46. *n.* 23.

9 De este hecho ay ocho testigos que deponen, que à el tiempo del otorgamiento de la donacion estaua el dicho don Diego Felipe en la carcel, y que don Diego Lopez, y sus amigos le ofreciero͂ que le harian soltar de la prision, y entre ellos, personas de mucha autoridad, como fue don Francisco de Torres Vega Ponce de Leon, Cauallero de el Abito de Calatraua, Don Bartolome Galvan y Gongora, Regidor de la dicha Ciudad, y otros: y dizen los testigos de dicho D. Diego Phelipe, que sie͂pre estuvo violento en otorgar la dicha donacion, y que el otorgarla fue por dicha persuacion, y miedo que le impusieron, temeroso de que el Iuez Eclesiastico no le echasse à vn presidio, la qual prouança de sugestion, y miedo es tan fuerte, que mas credito se da à dos testigos que digan della, que à muchos q͂ depongan de expontanea voluntad, vt ex eleganti doctrina Innocenc. *in cap. super eo, de renuntiatione.* Thomas Sanchez *de matrim. lib.* 4. *disp.* 27. *num.* 1. Hermosilla *in l.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. *gl. f.* 5. *nu.* 78. Agustin Barbosa, *voto decisiuo* 16. *num.* 89. D. Cabreros *de metu, lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 6. & *n.* 8.

10 Y aqui ay tanta prouança, que nos escusamos de valernos de lo irregular que se pondera en estos casos, y testigos singulares, y domesticos, y presunciones, porque la prouança la hallo relevante, y à todas luzes sin controversia, solo ponderarè algunas razones que persuaden la pretension del dicho don Diego.

La

11 La primera, si para la perfeccion de qualquiera acto es lo mas precisso, y natural la voluntad, y consentimiento del que lo obra; pues faltando, no se puede venir à su fin principal, vt phylosophatur Baldus *in l. eum testam. num. 2. C. de iuris, & facti ignorantia*, ita post Cicero, & Boeri. probat Petrus Surdus *cons. 127. num. 22. & cons. 301. num. 29.* Beroio *cons. 76. num. 26. volum. 1.* Dom. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 23. num. 24. l. consensu, §. 1. ff. de act. & oblig.* Aristot. *in scho. liter. I.* notat Gotofr. Dom. Cabrer. *de metu, lib. 2. cap. 23. num. 28.*

12 Y si el contrato que por Derecho tiene renombre, y por antonomasia se llama voluntario, es la donacion: mal se podrà substener siendo involuntario, cum nullo iure cogente fiat. Oldraldus *cons. 139.* Dom. Cabrer. *dict. cap. 3. num. 29.* Azor. *in sum. de donat. num. 1.* ibi: *Vt sit rei licita nullo iure cogente mera liberalitate collatio facta*, notat Medicis *de difin. 2. p. c. 54. l. donari 29. ff. de donat.* ibi: *Donari videtur, quo nullo iure cogente cōceditur. l. donari 83. ff. de reg. iur.* Dom. Larrea *disput. 46. n. 1. & seqq.*

13 Y en este sentir el señor Rey Don Alonso el Sabio en la *l. 1. tit. 4. part. 5.* dixo: *Donacion es bien fecho, que nace de nobleza, è bondad de corazon, quando es hecho sin ninguna premia.* Dom. Gregor. ibi: *Donatio est beneficio, ex cordis nobilitate procedens, quando ex libera voluntate fit.* Dom. Pichardo *in lib. 2. de donat. & num. 2. cum seqq.* Domin. Cabrer. *de metu, cap. 3. num. 29. l. 2. §. voluntate, ff. solut. matrim. l. absente, in princip. ff. de donat. l. in omnibus, l. obligat. sustan. §. 1. de actione, & obligat.* Riminaldus *cons. 493. n. 2. vol. 5.*

14 De aqui nace, que no se presume que tiene voluntad el que por necessidad otorga la donaciō, Paulo de Castro *cons. 101. lib. 1.* quem sequutus est Grabeta *cons. 470. num. 13.* vers. *Cæterum, vol. 3.* Menoch. *cons. 1184. num. 23. vol. 12.* D. Cabrer. *lib. 2. cap. 3. num. 30.* quamobrem, si la donacion se

 hizo

hizo meticulose subsistentiam habere, aut effectũ sortiri nequit, *l. si donationis, C. de his, quæ vi metus, l. fin. tit. 4. part. 5.* ibi: *Y sobre todo dezimos, que si el hombre fiziesse donacion por premia que le hiziesse, ò por miedo que ouiesse que le matarian, que la tal donacion como es, no valdria*, vbi D. Gregor. comprobat Romanus *cons. 28. num. 8.* Rolando *cons. 2. num. 47. cum seqq.* Medicis *de fortuit. cas. 1. part. quæst. 7. num. 8.* Alciato *cons. 262. num. 8. cum seqq.* Dom. Valenç. *cons. 29. nu. 26. cum seqq.* Dom. Cabrer. resolvit idem procedere vbi supr. in foro fori, & in foro poli, cum Bonacina, Cayetano, Rebollo, Basilio *de matrim.* omnino videndus.

15 Dirà el dicho don Diego Nauarro, que el no le compeliô al dicho don Diego Phelipe á que otorgasse la dicha escritura de donacion con malos tratamientos, sino que lleuado de los ruegos, y persuasiones, y buenas obras que de lo susodicho auia recebido, quales se pueden considerar en vn Sacerdote, y persona de sus prendas, lo qual no es prohibido conforme á Derecho. Dom. Castill. *controu. lib. 3. cap. 1.* por todo el.

16 A que se satisface, que las persuassiones, y ruegos es bastante para que auiendo intervenido, se tenga por nula la donacion. Iusta illud Absonij.

Scribere me augustus iubet, & mea carmina poscit,
Penè rogans blando vis latet imperio.

17 Notat Hondedeus *cons. 29. num. 34.* Carol. de Grass. *excep. 11. num. 60.* Dom. Castill. *dict. lib. 3. cap. 1. num. 154.* vbi plures refert Dom. Cabrer. *de metu, lib. 2. cap. 3. num. 34.* probat text. *in l. 1. §. 1. ff. de seruo corrupt.* ibi: *Persuadere autem est plusquam compelli adque cogi sibi parere. l. eum qui 5. C. de appostatis, l. 1. §. sed quoniam plerumq; C. de petit. bonor. sublat.* Felin. *in cap. 1. circa initium, de officio delegat.* Paul. de Castr. *cons. 17. à n. 1.* vers. *Vbi habetur, quod nimia persuassio vim habet violentiæ, dict. l. 1. §. persuadere, ff. de seruo corrupt.* Menoch. *de arbitrar. cas. 395. sub num. 41. & lib.*

*& lib.1.de præsumpt.præsumpt.1.num.12.*Rebuf. *ad ll.Galiæ,tit.2.Rubric.de rescript.art.2.glos.3.* Petrus Pechius *de contract.coniug.lib.1.cap.9.nu.* 9.Mascard.*de probat.tom.1.conclus.532.num.40.* Vincenc. Corras.*decis.15.num.21.* Palac.Rubios *in repet. Rubric. cap. per vestras, de donat. inter, §.81.num.5.* vbi dicit ea,quæ per importunitatem conceduntur, videntur, fieri invito dante, sequitur Matienço *in l.10.glos.1.num.1.& 2.tit.1.lib.5.Recopil.* omnino videndus, Castrens.*dict.consil.174.num.1.vol.1.*sequitur Rippa *lib.3.resp.15.n.*13.Dino *in cap.scientia,de regul.iuris,in 6.num.4.* vbi: *Sed sciendum est, quod cum ex vna parte inter venit voluntas, ex alia persuasio doloso, regula non habet locum, quia is qui decipitur pro non volente habetur, & hoc ex eo procedit, quod dolosa per suasio plus est quam violenta coactio, ff. de liber. homine exhibendo, l.3.§.si quis volẽtem, 2.resp.ff. de seru.corrup.l.1.§.persuadere.*

18 Y de aqui es, que las donaciones hechas por importunidad, no tiene subsistencia, y se pueden re vocar, aunque el donante sea el Principe, *cui decet ab eo concessum beneficium esse mansurum, regul. decet, in 6.cum concordant. & regulariter ab eo donatu reuocãtur, vt in Auth.de refrendat.§.1.collat.* 2.secundum Palacios Rubios *in repet. Rubric.cap. per vestras, de donat.§.81.num.7.* Matienç.*in l.15. glos.8.num.2.tit.10.lib.5.Recopil.* Dom.Valenç. *cons.29.num.32.* & eleganter colligitur *ex l.4.& 17.tit.10.lib.5.Recopil.* ibi: *Como quiera que essas mercedes fueren fechas à essos Tiranos, y à sus sequazes, estãdo el Rey preso, y con iustos temores,* & ibi: *Y las tales donaciones no valieron, y fue necessaria la declaracion, porque faltò la natural voluntad libre, y expontanea.* Otalora *de nobilit.4.part.princ. cap.4.* Iuan Garcia *de nobilitat.glos.2.à num.25.* Yllescas *Histor. Pont.lib.6.cap.19.* Iulianus de Castill. *in Histor. Regum Gottor. libr.4. discurs.10.* Robles *de represent.lib.3.capit.14.num.1.2.& 3.* Gutierrez *pract.lib.4.quæst.20.per tot.* Nauarr.*dis-*

curs.

*curs.24.fol.*164. quod refert, & sequitur eleganter sicut asolet Dom. Cabrero *de metu, libr.2.cap.3. num.*48.

19 Y en terminos de donacion, tan plena voluntad, que solo por sacar el donatario â la donante de su casa, y lleuadole à la suya para el otorgamiento, es bastante para inducir dolo, y nulidad, como el señor Larrea lo pondera en la *decis.66.n.4.* y por toda ella: y por esso alli se declarò por nula la donacion por los señores desta Real Chancilleria.

20 Pues con mayor razon podrâ Don Diego Phelipe pretender lo mesmo, que su contrato se celebrò en la carcel, del qual lugar dize el señor Cabrero: *Quid enim est grauius, quam esse inter homines, & hominem carere consorcio, & ita viuere, vt liberis spiritus fruendi facultas non sit?* Mausonius *de caus.execut.quæst.2.num.*10. *& in mala mansione ita enim carcer*, vt Fornerius *lib.2.select.cap.1.l.hi qui4.C.de appost.ostendit dicitur veræ excitium expectare,libr.2.cap.*46. *num.*16. Y tan supeditado, y oprimido, que no se le diò lugar à deliberar, y por ello fue nula la donacion.

21 De suerte, que le corresponde bien lo que pondera elegantemente Ancharrano â vna donacion, que dize, que ratione loci redditur invalida, *cons.*385.*num.* Paul.de Castro *cons.*57.*num.*37 vers. *Tertio instrumentum redditur inualidum ratione loci, volum.*4. Crauet.*cons.*142.*num.*18. Mascard.*de probat.2.tom.conclus.*532.*numer.*44. Celsus Bergalius *de dolo,lib.2.c.3.de dolo præsumpto,n.*38. Augustin Beroio *cons.39.per tot. & præcipuè,num.6.&* 7. omnino videndus.

22 Y no se podrà dezir, que en la dicha donacion, y en la insinuacion declarô el donãte, que la hazia de su propia, y agradable voluntad, sin premio, ni fuerça. Porque se responde.

23 Que estas clausulas no pueden perjudicar, *nam eodem timore, quo inductus fuit ad donandũ censetur inductus ad affirmandum, quod sponte donauit,l.dolo,§.diuersos,ff. de doli metus except. glos.*

glos. & *l. si patronus, ff. si quis in fraudem patron.* Bartul. & DD. *in l. nemo potest, ff. de legat.* 1. Parisi *cons.* 53. *num.* 12. *lib.* 1. & *cons.* 86. *num.* 35. *vol.* 3. Cephal. *cons.* 118. *num.* 32. *libr.* 1. Farinac. *in prax. quæst.* 35. *num.* 3. Basilio de Leon *de matrim. libr.* 4. *cap.* 11. *n.* 6. *in fin.*

24 Y qual prueua sea bastante del miedo, para anular vn contrato, queda reservado al arbitrio del señor Iuez que ha de determinar la causa, *ad l. metum autem, ff. de eo quod metus causa*, ibi: *Sed huius rei inquisitio iudicis est*, para que considerado la donacion, y las personas de los otorgãtes, persuada ser cierta esta pretension.

25 Y comprueua esta verdad la protesta que está en estos autos, que luego que le fue possible al dicho don Diego Phelipe la protestó, y no ay cosa que mas manifieste el animo que la protesta, y excede á qualquier prueua para su verificacion, *l. at si quis, §. plerique, ff. de relig. & sumpt. funer. l. qui in aliena, §. fin. ff. de acquir. hæred. l.* 2. *C. de his qui per metum iudicis non appell.* Farinac. *decis.* 260. *n.* 5. *lib.* 2. *criminal.* & *cons.* 30. *nu.* 151. *lib.* 1. Dom. Larrea *alleg. fisc.* 34. *num.* 10. optime Fontanel. *de pact. nupt. tom.* 2. *claus.* 7. *glos.* 2. *part.* 6. *num.* 55. & 56.

26 Y dize, que bonum est, quod metus patiens protestetur, quia multum iubat ad probandum, & ad alios effectus, vbi commendant DD. sicut habet apud eggreg. Senatorem, Montano *in addit. ad Oliuan. de action. part. lib.* 1. *cap.* 9. Surd. *cons.* 395 *num.* 27. *lib.* 3. vbi dicit: *Quod licet protestatio non facta ante, & post actum, non probant metum, plurimum tamen iubant.* Carolo de Grasis *except.* 11. *num.* 59. Gaspar Antonio Thesauro *quæst. forens. num.* 14. & 15. & quod dicit sæpè protestatio, elidit præsumptionem non illati metus. Pereyra *in decis.* 30. *num.* 8. Olea *decis. iurium, tit.* 8. *quæst.* 3. *num.* 13.

27 Y á esta protesta le acompaña la prouança que ha hecho don Diego Phelipe de las quexas que

diô de el dicho don Diego Lopez, y de sus amigos, los quales le obligaron â hazer la dicha donacion.

ARTICVLVS. II.

28 ESTE Segundo Articulo se viene à reduzir â ajustar, que las casas tenerias, contenidas en dicha donacion, son de vinculo, y para que mejor se discurra, se pondrân las clausulas de la fundacion, que son del tenor siguiente.

29 *Item dezimos, que nosotros tenemos acordado, y comunicado de dexar por nuestras animas vna Memoria, que sea perpetua para siempre jamas, pues los bienes que tenemos, los auemos adquirido, y ganado por nuestra industria, y trabajo, y assi, por la presente queremos, y mãdamos, y es nuestra voluntad, que en el Sagrario de la dicha Santa Iglesia desta Ciudad, se digan por nuestras animas dos Missas en cada vna semana rezadas: la vna de Passion el Viernes, por el anima de mi la dicha Luisa de Arnedo: y la otra Missa de Nuestra Señora el Sabado siguiente por mi dicho Alõso de Ossuna, y la orden que se ha de tener es, que en faltando qualquiera de nosotros, y siendo fallecido, el que de nosotros quedare, porque ha de ser vsufructuario de la hazienda que tenemos, la haga dezir la Missa cada semana del que de nosotros falleciere, y acuda, y pague con la limosna que se huuiere de dar, y en fin de los dias de ambos se digan las dos Missas en cada semana, como està declarado, y el postrero que de nosotros falleciere ha de dexar, y dexe la renta señalada que por ello se huuiere de dar, y possession de donde se cobre, de manera que la dicha Memoria de las dichas dos Missas en cada vna semana permanezcan, y se digan para siempre jamas: y assi, rogamos, y encargamos el vno à el otro, y el otro à el otro, que en ello aya cuydado, y diligencia, pues es bien, y beneficio para nuestras animas, y desde el dia que comẽçaren à dezir dichas Missas, se escriuan en la Tabla de las Memorias que està*

en

en el Sagrario, para que alli se sepa que dexamos esta Memoria, y la forma que se ha de tener en ello.

CLAVSVLA SEGVNDA.

30 *Declaramos, que puede auer quarenta y quatro años, poco mas, ò menos que estamos casados legitimamente, como lo manda la Santa Madre Iglesia, y nos ha dado Dios Nuestro Señor los bienes que de presente tenemos, y posseemos, y no tuuimos, ni tenemos hijos, ni herederos forçosos, ascendientes, ni descendientes que nuestros bienes ayan de heredar. Portanto, queremos, y es nuestra voluntad, que faltando, y falleciendo qualquiera de nosotros, el que quedare viuo tenga, y possea toda la hazienda, y bienes que tenemos, y quedaren, y sea vsufructurio de todos ellos, los goze, possea, y administre, sin que ninguna persona directè, ni indirecte, se pueda entrometer, ni entrometa à pedir cuenta de los dichos bienes, y en fin de los dias de ambos à dos, y desde aora para entonces dexamos, y nõbramos por nuestra vnica heredera en el remaniente de todos nuestros bienes muebles, rayzes, y acciones que quedaren, y tuuieremos en fin de los dias de ambos, assi en esta Ciudad, como fuera della, à Costança Alonso nuestra sobrina, hija de Rodrigo Alonso, hermano de mi el dicho Alonso de Ossuna, y de Maria Gonçalez, hermana de mi la dicha Luisa de Arnedo, para que dicha Costança Alonso (la qual de presente tenemos en nuestra casa) los aya, y herede cumplido este nuestro testamento, y todas las mandas del, como tal heredera; porque la dexamos. y nombramos, assi por ser, como es, sobrina de ambos à dos, como porque la auemos criado, y le tenemos mucho amor, y voluntad, y porque nos ha curado, y seruido nuestras enfermedades, y fuera dellas, la qual dicha herencia le dexamos, y mandamos, con cargo, y condicion, que si la dicha Costança Alonso muriere sin se casar, ni tener herederos legitimos, que los dichos nuestros bienes, y herencia*

rencia que de nosotros huuiere de auer, los aya, y vengan à parar à otros de sus hermanos, qual la dicha Costança Alonso nombrare, y dexare, con tanto que sea hermano suyo, de padre, y madre de ella, y hijos de los dichos Rodrigo Alonso, y Maria Gonçalez su muger. Otro si, hazemos nuestra heredera à la dicha Costança Alonso nuestra sobrina de nuestros bienes, y à quien por ella sucediere en ellos, con tal cargo, y condicion expressa que los bienes raizes que de nosotros heredarẽ, y tenemos, que son las casas de nuestra morada, y mas otras dos casas, y curtiduria, que todo ello està en la Ribera de Darro, que es en la dicha collacion de la Iglesia Mayor, las casas, y possessiones, y bienes raizes que tenemos, y posseemos, y nos pertenecen en la Ciudad de Antequera donde somos naturales, los tengan, gozen, y possean, y arrienden, y lleuen, y cojan la renta, y vsufructo dello, y en ningun tiempo, ni por alguna manera no los puedan vender, ni enagenar en ninguna manera, ni imponer sobre ello censo, ni tributo: porque nuestra voluntad, y de cada vno de nos es assi, que solamente lo tengã, gozen, y vsufructen, y alimenten dello, y no lo enagenen: y si lo vendieren, ò enagenaren, qualquier parte dello, que lo tal sea ninguno, y le priuamos, y apartamos de aquello que vẽdiere, y pueda entrar, y entre en ello, y lo tome por perdido la Santa Iglesia desta Ciudad de Granada, para hazer bien por nuestras animas: y esta es nuestra voluntad, y mã damos, que assi se haga, y cumpla.

31 Con que conforme â estas clausulas se ha de discurrir si esta disposicion que hizo Alonso de Ossuna, y Elvira Alonso, fue vinculo, y mayorazgo perpetuo de sus bienes, pues quando no tengamos voluntad clara, como dellas se insinua, bastara la huviera conjecturada, porque aunque en vna disposicion no se diga expressamente que se funda mayorazgo perpetuo, si por conjecturas, ò la substancia de la disposicion, se conoce la voluntad de los fundadores, de que quisieron fundar mayorazgo perpe-

perpetuo, se tiene por hecho, como si expecificamente lo huviera dispuesto: *Ubi enim de voluntate constat prædominari attendi debet non solum expressa, verumetiam tacita, & coniecturata, l. licet Imperator. ff. de legat. 1. l. si quis locuples, in fin. ff. de manumiss. testamento, l. cum proponebatur, l. qui solidum, §. 1. ff. de legat. 1. l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebellian. l. 28. tit. 9. part. 6. cum vulgatis.*

32 ¶ Porque constando de semejante intencion, superflua es la formalidad de palabras, *l. 1. C. si minor à hæreditate se abstineat,* ibi: *Fides veritatis verborum adminicula non desiderat, l. inconuentionibus, ff. de verb. signific. l. fin. C. quæ res pignori,* ibi: *Cum sit iustum voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere, cap. intelligentia extra, de verb. signific.* in hæc verba: *Intelligentia verborum ex causis assummenda dicendi, quia non sermoni res, sit rei sermo debet esse subiectus.*

33 ¶ Y en terminos que basten para induzir vinculo, ô mayorazgo, conjecturas, aunque clara, y expressamente no se nombre el dicho vinculo, tradit Dom. Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 5. n.* Auend. *in l. 41. Tauri, glos. 3.* Mieres *de maiorat. 2. part. quæst. 15.* Petrus Surd. *cons. 241. num. 3. & 4. & 24.* Casanate *cons. 16. num. 20. & cons. 20. nu. 4.* D. Ioan. Franc. de el Castillo *decis. 152. n. 14. & 28.* pluribus adductis Dom. D. Ioan. de el Cast. *lib. 5. cap. 93. §. 6. num. 1.*

34 ¶ Y en nuestra disposicion concurren tantas conjecturas, que concluyen euidẽtemente, que los fundadores quisieron fundar mayorazgo perpetuo, que no dexan escrupulo, ni razon alguna de dudar.

35 ¶ La primera, *non lebis desumitur*, el auer dexado en primer lugar a Costança Alonso, sobrina de ambos, por sucessora de sus bienes con llamamiento de sus hijos, y descendientes, y a falta de ellos pudiesse nombrar a otro de sus hermanos,

qual la dicha Costança Alonso le pareciesse, y dexare, con tanto, que fuesse hermano suyo de padre, y madre, hijos de los dichos Rodrigo Alonso, y Maria Gonçales su muger, y sus sobrinos, que fue dezir, que los deudos de ambos sucediessen en los dichos bienes, y asi ex vocatione descendentium inducitur, que quisieron fundar vinculo, y mayorazgo perpetuo, Dom. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 5. nu.* 18. *&* 39. Auendañ. *in l.* 41. *Taur. glos.* 3. *num.* 13. Pater Molina *tom.* 3. *disp.* 590. *litter. D.* Flores de Mena *lib.* 1. *variar. quæst.* 17. *num.* 38. Dom. Lara *de capell. cap.* 4. *num.* 39. *&* 43.

36 ¶ Segunda conjectura, de la calidad de los bienes de que fundò el vinculo, que fueron las casas de la Morada de los fundadores, y los demas bienes rayzes estables para conservarse perpetuamente, como lo era la disposicion: ita tradunt Bald. Salicetus, & alij *in l. quoties, C. de fideicomm.* Dom. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 18. Auendañ. *in l.* 41. *Tauri, glos.* 3. *num.* 8. Flores de Mena *libr.* 1. *variar. quæst.* 18. *num.* 41. *&* 42. Mieres *part.* 1. *quæst.* 51. *num.* 133. *&* 2. *part. quæst.* 5. *num.* 29. *&* 30. Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 93. §. 2. *num.* 10.

37 ¶. Tercera conjectura, de los llamamientos, y grados que hizo, en que manifestaron los fundadores su voluntad, de que querian que este vinculo fuesse perpetuo, y no limitado: *Ex dessissione ad plures gradus vocationuum eudẽs maioratus perpetui coniectura desumitur.* D. Molina *dict. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 38. Mieres *part.* 1. *quæst. num.* 31. Thesaur. *decis.* 96. *ex num.* 13. Peregrino *de fideicomm. lib.* 12. *art.* 20. *nu.* 40. Surd. *cons.* 241. *num.* 13. D. Franc. Geron. de Leon *in respon. inter decis. Valen. libr.* 2. *num.* 32. *post decis.* 173. Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 93. §. 4. *num.* 8.

38 ¶ Mayormente, quãdo los llamamientos denotan trato succesiuo, como lo fue, *que pueda nombrar, ò nombre si no tuuiere hijos a otro de sus hermanos, qual dicha Costança Alonso nombrare, y dexare.* Tunc nanc, procede con mayor llaneça

neça la presumpcion, Farinac. *decis.* 125. *numer.* 2. *part.* 1. Menoch. *cons.* 1195. *nu.* 12. Dom. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 5. *nu.* 41. Dom. Castill. *lib.* 2. *cap.* 22. *à num.* 85. & *lib.* 5. *cap.* 93. §. 2. *à num.* 14.

39 ¶ La quarta conjectura se induze de la carga de Missas, y aniuersario, porque aunque es cõtrouerso si el grauamen solo de aniuersario obre fundacion de mayorazgo perpetuo, y a esta controuersia dà ocasion la *l. annua* 20. §. *fin. ff. de annuis legat. l. nihil proponi* 120. *ff. de legat.* 1. quando cõcurren otras presumpciones, communi cẽsura, reconozen todos los DD. por induvitable, y cierto, que se ha de tener por fundado mayorazgo perpetuo, vt testatur Aluaro Valasco *consultat.* 82. *nu.* 7. Auend. *in l.* 41. *Tauri, glos.* 3. *num.* 2. & 12. Mieres 2. *part. quæst.* 5. *numer.* 85. 96. Flores de Mena *lib.* 1. *variar. quæst.* 18. *num.* 26. & 31. Dom. Lara *de capell. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 39. & 46. plenè Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 93. §. 11. *per tot.* maximè *nu.* 16.

40 ¶ Sed quid coniecturis indigemus, quando tenemos voluntad clara, y expressa en la clausula segunda, ibi: *Otrosi, hazemos nuestra heredera à la dicha Costança Alonso nuestra sobrina de nuestros bienes, y a quien por ella sucediere en ellos, con tal cargo, y condicion expressa, que los bienes rayzes que de nosotros heredaren, y tenemos, q̃ son las casas de nuestra morada, los tengã, possean, y arrienden, y lleuen, y cojan la renta, y vsufructo de ello, y en ningun tiempo, ni por alguna manera no los puedã vender, ni enagenar en ninguna manera, ni imponer censo sobre ello*: que fue lo mismo que dezir, queremos, y es nuestra voluntad que sean bienes de mayorazgo, y fideicomiso los bienes que dexamos: *Nam prohibitione alienationis intelligitur*, auerse fundado mayorazgo, y han de suceder todos los de la familia, probat textus *in l. peto* 68. §. *fratre, ff. de legat.* 2. donde aunque la institucion, y llamamiento fue solo de vn hermano, con todo esso por auer auido prohibicion de enagenacion Real, ibi: *Fratre hadere instituto pesiit ne domus alie-*

alienetur, sed vt in familia relinqueretur: no se restringe a la persona de el hermano, si no antes se estiende a qualesquier otros sucessores, ibi: *Nec tamen ideo sequentium causa, propter superiores in posterum lædi debet sedita proximus, quisque admittendus est separatus sit cauere se familiæ domũ restiturum*: Et infra: *Sed si domus ad exterum, quãdoque peruenerit fideicommissi petitio familia competit.*

41 ¶ Et tradunt ibi *in dict.* §. *fratre* Bart. *num.* 2. *in fin. in num.* 3. Cumanos, *nu.* 5. Alexand. *in l. filiusfamilias*, §. *diui, numer.* 25. vbi cæteri communiter, *ff. de legat.* 1. Dom. Molin. *lib.* 1. *c.* 4. *num.* 22. Peregrin. *de fideicomm. art.* 1. *num.* 28. D. Valenç. *cons.* 40. *fere per tot.* plures congerens Fussario *de substitutionem, quæst.* 679. *num.* 20. Dom. Castill. *lib.* 5. *cap.* 93. §. 6. *à num.* 22.

42 ¶ Y no se podrà oponer que en el dicho §. *fratre*, que no solo huvo prohibicion de enagenacion, sino tambien precepto de que los bienes se dexassen en la familia, vt ex verbis apparet, porque en nuestro caso concurriò lo mismo, pues segun la naturaleça de los mayorazgos eo ipso, que los fundadores dixeron, que los bienes no se pudiessen enagenar, fue visto querer se dexassen, y conservassen perpetuamente en la familia, y mas siendo la prohibicion a los bienes Real, que siempre passa la carga à qualquier posseedor, ò successor de ellos, sin restriccion, ni distincion alguna de personas, porque la calidad de enagenacion, y grauamen de restitucion, no fue visto ponerse a las personas, sino a los bienes, vt in *l. qui aliena* 33. §. *fin.* ibi: *Sententia prædio datur, ff. de negotijs gestis*: textus singularis *in l. seruus si hæredi* 34. *ff. de statu liberis*, ibi: *Duæ sunt enim causæ, per quas in primi hæredis persona conditio impletur dominij ratio, item personæ demonstratio prior causa transit in omnem successorem ad quem peruenerit statu liber; per dominij translati continuationem, l. quæ conditio* 39. *in princ. ff. de cond. & demonstrat.* optimè D. Molin.

de

de primogen. lib. 1. cap. 4. nu. 22. ibi: *Eleganter inquit, quod quando hæreditas est grauata, & grauamen est scriptum in rem afficit rem, ad quemcumque vadat, & extenditur onus in omnes secus autem, si verba in solam personam dirigantur; quod etiam probatur, ex. l. fin. ff. de cōtrahenda emptione, l. lutius, ff. de aqua cotidiana & æstiua.* Tiberio Deciano *cons. 31. num. 117. volumen 1.* Gratian. *discept. forens. 285. n. 5. 6. & 7.*

43 ¶ Y siendo la prohibicion Real, como de las palabras consta, quoniam hæc: en los mayorazgos de España por su particular naturaleça; quamuis causa non exprimatur, semper censetur facta ea ratione, vt *bona in familia conseruentur,* vt elegantèr tradit Dom. Molina *libr. 1. capit. 6. numer. 30. & sequentibus.* D. Castillo. *lib. 5. cap. 85. num. 15. & cap. 93. §. 6. nu. 16. & 18. & lib. 4. cap. 9. nu. 84.* Mieres 4. *part. quæst.* 1. elegantèr D. Valenç. *cons. 40. num. 17.*

44 ¶ Conque se responde à el texto *in l. cum pater, §. libertis, & l. qui solidum* 80. *§. prædium, ff. de legatis secundo,* y la *l. pater filium* 36. *§. quindecim. ff. de legatis* 3. Donde parece que la prohibicion de enagenacion, no solo fue personal, y restringida à los libertos, si no tambien à la porcion de cada vno, ibi: *Ne cis eorum partem suam vēdere:* y asi con mucha razon no se extēdiò la prohibicion, vltra porcionem cuiuslibet, que fue lo que en aquel texto se dudò, y menos la dicha *l. pater filium* 38. *§. fundum Titianum, ff. de legatis* 3. porque alli la prohibiciō de enagenacion fue personal, restringida solamente a el hijo, y por los dias de su vida, ibi: *Fūdum à filio quo aduuxerit vetuit venundari:* y asi la voluntad de el testador estaua clara, que quiso prohibir la enagenaciō a el hijo, por los dias de su vida, como expressamēte lo significò el Cōsulto, ibi: *Respondit hoc ex voluntate defunti colligi posse filium quo adbiberet alienare, vel pignorare non posse testamenti, autem factionem, & in eo fundo in extraneos, etiam heredes habiturū.* Conq las pala-

bras referidas: ita enim fiet, como dudosas restringieron a la voluntad de el hijo, segun la voluntad clara de el testador, vt sentiunt Addent. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 17. Farin. *decis.* 11. *n.* 2. *part.* 1.

45 ¶ Demas, que las dichas palabras ita enim fiet, no fueron causales, nec per modum rationis apositæ, sed enũtiatiua cuiusdam futuri euentus, quẽ testator ex sua dispositione sperauat; y asi nullo modo dispositionem potuerunt inducere, ex *l. Iulianus, §. ex his, delegat.* 3. tradunt. Bart. *in dict. §. fundum, num.* 2. vbi etiam D. D. D. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 17. Fussario *de subs. quæst.* 678. *à n.* 11. & *quæst.* 679. *n.* 19. Farin. *decis.* 10. *n.* 8. *part.* 1.

46 ¶ Tampoco se podra oponer la decisiõ de el texto en la *l. filius familias* 117. *§. diui, ff. de legat.* 1. Donde la prohibicion de enagenacion no consiste, ni se sustenta, nisi inueniatur persona cuius respectu, hoc a testatore dispositum fit: y asi acabandose los llamamientos, falta persona por cuyo respecto se pueda juzgar, hecha la prohibicion de enagenacion, y puesto el grauamen del vinculo.

47 ¶ Porque se responde, que este texto no se puede adaptar, ni tiene lugar en los vinculos, ni mayorazgos de España, porque no es necessaria causa para vestir el precepto, y prohibicion de enagenacion, por juzgarse siempre hecha por contemplacion de la familia, vt in ea bona perpetuo permaneant, vt testatur D. Molin. *de primog. libr.* 1. *cap.* 6. *num.* 30. *cum seqq.* vbi etiam Addit. Mieres *de maiora. part.* 4. *cap.* 1. *n.* 44. y asi aunque falten los llamamientos, y no falta la causa, y siempre se juzga hecha por contemplaciõ de la familia, mas en nuestro caso ay prohibicion de enagenacion, llamamiẽtos de los deudos, que nombrasse Elvira Alonso, sobrina de los fundadores, y clausula de priuacion, y llamamiento de la Iglesia, cõ que cessa toda la duda, y argumentos que se pudieran hazer, para fundar, que las tenerias sobre q̃ es este pleito, no sea vinculo, con que se dà fin a los dos articulos que se propusieron.

Deste

48 ¶ Deste fundamento vltimo resu[illegible] dos illaciones.

49 ¶ La primera, q̃ no valiô la donacion.

50 ¶ La segunda, que no està obligado el dicho D. Diego Felipe a la euiccion.

51 ¶ La primera illacion, que bienes de mayorazgo, y vinculo no se pueda hazer de ellos legado, es la *l. cum. servus, §. constat, ff. de legatis* 1. Y la razon es, porque in commerciun non veniunt; & ideo in cõtractũ, aut obliganem deduci non pssunt, *l. celsus 6. l. si in emptione, §. omniun, ff. de contrahenda emptione, l. 1. §. 1. ff. qua res pignori; l. fin. ff. de actionibus empti.*

52 ¶ Y en terminos lo resuelven Parladorio, *lib. 2. rerum cotidianarum, cap.* 3. *nu.* 51. ibi: *Quæ quidem manifestum praestant argumentum non obligari eum, qui rem maioratus præstare promittat adeo, vt nec æstimatio quidem debeatur, quia earum rerum commertium in iusu Princis, non est sicut in legato respondit Iuris Consultus, in l. apud Iulianum* 40. *§. fin. ff. de legat.* 1. *quam adstipulationẽ quoque pertinere scribit,* Faber. *in §. 2. Instit. de in vtilib. stipulationib. & gloss. & reliqui, in l. multum inters, ff. de verbor. obligat. probat l.* 10. & illic Gregor. *tit. 9. partid. 6. Idque rationem habet, nam si res quæ in commune commertio in iusu Principis, non sunt legari non possunt multo minus in stipulatione deduci poterunt, cum in legatis plenior, quam in stipulationibus fiat interpretatio, l. in testamentis de regul. iur.*

53 ¶ El señor Molin. *de primog. en el lib.* 1. *cap.* 13. *en el num.* 86 ibi: *Quod quando legatarius non potes, vti re legata ex impedimento iuris, vel facti priuandus sit legato, si testator ignorans impedimentum, id fecit, quamuis in re legata fiat distintio scientia, vel ignorantia fauore vltime voluntatis IN RE TAMEN DONATA EX CONTRACTV SEMPER, ABSQVE*

QVE VLLA DISTINTIONE DONATIO NVLLIVS MOMENTI EST, quod *vltra*: text. & scribentis *in l. sed si res, de legat.* 1. probatur, & ex textu, vbi etiam Scribentes id notant, *in l. filius familias, §. sed aliqui, ff. de legat.* 1. *in l. fideicommissa, §. si seruo, ff. de legat.* 3. Bartolus, & cæteri, *in l. multum inters, ff. de verbor. obligation.* Bald. *Authent. ingressi, num.* 18. *C. de Episcopis, & Clericis*, idque etiam notat Lancelotus *in l. cæcus, ff. de iudic.* probat *l.* 14. *tit.* 9. *part.* 6. Dom. Pichard. *in §. non solum institutis, de legat. nu.* 49. Mieres *de maiorat. tom.* 2. *quæst.* 40. *num.* 7. *&* 9. *&* 26. *in nobis.* Anton. Gomez *var. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 24. *illat.* 25.

54 ¶ Y no se podrá dezir por la parte contraria, que la cosa vinculada si se legare vale el legado, quo ad stimationem, segun la opinion de el señor Presidente Couarruu. en el *cap. filius noster, num.* 4. *de testamentis*, el señor Molina *de primogen. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 70.

55 ¶ Porque los dichos DD. no es su opinion seguida, y lo cõtrario es lo mas cierto, y mirados con atencion los textos que traen para su comprouacion, no son contra lo que queda fundado, y a todo satisface Mieres *de maiorat. in nobis* 4. *part. quæst.* 40. *num.* 5. 6. *&* 7. y siguientes, vt videre est apud eum, que por no alargar no refiero todo lo que pondera.

(***) II. ILLATIO. (***)

56 ESta segunda illacion de que no estê obligado a el saneamiẽto el dicho D. Diego Felipe, es de la *l. aristo, §. fin. de donat.* que pone por regla induvitable, quod donatur de euictione non tenetur, assi lo notaron Iasson *in §. fuerat, num.* 33. *Instituta de actionibus.* Curtio Iunior *cons.* 178. *num.* 27. Tiraquel. *de iure constituti,*

part.

part.2.num.6. Antonio Gomez *tom.2. variar.c.2. num.35. & cap.4.num.4. & 5.* Y la razon que dan es, que his cum quo de liberalitate conuenitur mitius agendum est, quam cum alio, *l. ad res donatas, ff. de edilitio edicto,* Dom. Valenç. *cons.29. tom.1. num.8.9. & sequentib. l.2. C. de euictionib. l. Iulianus* 131. *§ fin ff. de verbor. obligationib.* obseruant omnes Padilla *in l. profundo, C. de transactionib.* Pancoruino *lib. singu. obseru. cap.*30. Caualino *de euictionib. §.4. num.2. & §.5. & num.*82. Guzman. *de euictionib. quæst.25. per tot.*

57 ¶ Y no se podrá dezir lo que comunmente dizen los DD. que quando donatio incipit à promisione datur euictio, secus si à traditione multi relati Ayllon, *tom.2. dap.2. num.36.* vers. *In donatione.*

58 ¶ Porque en nuestra donacion se ajusta, que incepit à tradictione, conque nos sauorece esta sentencia.

59 ¶ Mas el señor don Francisco de Amaya reprueva esta doctrina, y dize, que inveteratus ost herror interpretum Compancoruino supra en el *cap.*30. *y en la l.1. en el num.*18. *C. de iure fisci,* va conque de ninguna manera ay euiccion.

60 ¶ Se opondrá, que esta donacion fue remuneratoria, y siendolo, etiam sin incipiet à traditione datur euictio, Ioan. Garcia *de donatione remuneratoria, num.*24. Barbos. *in colect. ad cap.7. de emption. & vendition. num.*5. Cancer. *variar. 3. part. capitul.4. num.*21. Guzman *quæst.25. numer.37. &* 42.

61 ¶ Que se satisface, que esta donacion no fue remuneratoria, ni ay prouança de parte de don Diego Lopez Nauuarro que lo justifique; de mas, que paraque fuera remuneratoria, se requiere, quod seruitia sint talia, quod pro eis actio competat aduersus donantem, Pinul. *in l.1. C. de bonis maternis, numer.*62. vers. *Infertur.* Ayllon *dict. cap.2. de*

emptione, & venditione, nu. 36. vers. *In donatione*. Y assi por todos estos fundamentos pretende D. Diego Ppelipe, que se ha de dar por nula la dicha donacion. Saluo, &c.

Doct. D. Yñigo Merodio. *L. D. Bartolome de Tapia de las Peñas.*

Lic. D. Francisco Merchante y Arriaga.